

MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES

**TEORIA GERAL DA
PARTE ESPECIAL DO
DIREITO PENAL**

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2014

© 2013 by Editora Atlas S.A.



Capa: Nilton Masoni
Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gomes, Mariângela Gama de Magalhães

Teoria geral da parte especial do direito penal/ Mariângela Gama de
Magalhães Gomes. -- São Paulo : Atlas, 2014.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-8359-4

ISBN 978-85-224-8360-0 (PDF)

ISBN 978-85-224-8361-7 (ePUB)

1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título.

13-08941

CDU-343

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal 343

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

Sys:988001

Sumário

Prefácio, xiii

Nota e agradecimentos da autora, xix

Introdução, 1

1 Estado atual dos estudos da parte especial do direito penal, 3

1.1 Diagnóstico, 3

1.2 Da necessidade de novos estudos sobre a parte especial do direito penal, 7

1.3 Críticas às propostas de sistematização, 11

1.4 Contracrítica: da necessidade de elaboração de uma teoria geral da parte especial do direito penal, 16

1.4.1 Características de uma teoria geral, 16

1.4.2 Da pertinência da elaboração de uma teoria geral aplicada à parte especial do direito penal, 19

2 Delimitação teórica da parte especial, 21

2.1 Da divisão do direito penal em parte geral e parte especial, 21

2.2 Características da parte especial, 23

2.3 Diferenciação entre parte geral e parte especial, 25

2.4 Conceito de parte especial adotado para a proposição de sua teoria geral, 30

3 O conteúdo normativo da parte especial do direito penal, 33

3.1 Introdução, 33

3.2 O tipo penal incriminador, 33

- 3.2.1 Conceito e importância do tipo penal incriminador, 33
- 3.2.2 O tipo penal incriminador como expressão de um valor, 35
- 3.2.3 O conteúdo do tipo penal incriminador: a ofensa ao bem jurídico, 36
- 3.2.4 Os elementos do tipo penal incriminador, 42
 - 3.2.4.1 Conduta, 44
 - 3.2.4.1.1 Da imprescindibilidade da conduta na estrutura típica, 44
 - 3.2.4.1.2 A conduta como ação ou omissão, 46
 - 3.2.4.1.3 Do sentido do comportamento proibido na estrutura típica, 47
 - 3.2.4.1.4 Da importância que as condutas descritas adquirem na estrutura típica, 49
 - 3.2.4.1.5 Crimes de forma livre e crimes de forma vinculada, 51
 - 3.2.4.1.6 Crimes instantâneos e crimes permanentes, 53
 - 3.2.4.1.7 Crimes plurissubsistentes e crimes unissubsistentes, 56
 - 3.2.4.1.8 Crimes habituais, 57
 - 3.2.4.2 Objeto material, 58
 - 3.2.4.3 Resultado, 60
 - 3.2.4.3.1 Considerações iniciais, 60
 - 3.2.4.3.2 Resultado jurídico *versus* resultado naturalístico, 61
 - 3.2.4.3.3 O resultado naturalístico como o “verdadeiro” resultado na estrutura típica, 63
 - 3.2.4.3.3.1 Definição, 63
 - 3.2.4.3.3.2 Crimes materiais, formais e de mera conduta, 64
 - 3.2.4.3.4 O resultado extratípico, 68
 - 3.2.4.4 Sujeito ativo, 68
 - 3.2.4.4.1 Noções gerais, 68
 - 3.2.4.4.2 A pessoa jurídica como sujeito ativo, 69
 - 3.2.4.4.3 Crimes próprios, 73
 - 3.2.4.4.4 Crimes de mão própria, 75
 - 3.2.4.4.5 Crimes plurissubjetivos, 76
 - 3.2.4.5 Sujeito passivo, 78
 - 3.2.4.6 Meio ou instrumento, 81
 - 3.2.4.6.1 Conceito, 81
 - 3.2.4.6.2 Diferenciação entre meios ou instrumentos e modo de praticar o crime, 83
 - 3.2.4.7 Circunstâncias de tempo e lugar, 84
 - 3.2.4.8 Elemento subjetivo do tipo, 88
 - 3.2.4.8.1 Características gerais, 88
 - 3.2.4.8.2 Elementos subjetivos essenciais: o dolo e a culpa, 89
 - 3.2.4.8.3 Delitos subjetivamente configurados, 91

- 3.2.5 A pena, 94
- 3.2.6 Da redação do tipo incriminador, 98
 - 3.2.6.1 Princípio da taxatividade, 98
 - 3.2.6.2 A forma do comando legal, 100
 - 3.2.6.3 Generalização *versus* casuísmo na norma penal, 101
 - 3.2.6.4 A linguagem legislativa, 102
 - 3.2.6.5 Tipos fechados *versus* tipos abertos: a questão dos elementos normativos na descrição legal, 103
 - 3.2.6.6 Da necessidade de que os elementos do tipo penal sejam demonstráveis no processo penal, 106
 - 3.2.6.7 Tipos remetidos, 109
 - 3.2.6.8 A questão da lei penal em branco, 110
 - 3.2.6.9 Tipos mistos, 113
- 3.3 Normas penais não incriminadoras, 117
 - 3.3.1 Introdução, 117
 - 3.3.2 Causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade, 118
 - 3.3.3 Normas atinentes à punibilidade, 121
 - 3.3.3.1 Considerações iniciais, 121
 - 3.3.3.2 Condições objetivas de punibilidade e escusas absolutórias, 122
 - 3.3.3.3 Causas de extinção da punibilidade, 125
 - 3.3.3.4 Comportamento pós-delitivo, 126
 - 3.3.4 Definições legislativas, 128
 - 3.3.5 Normas processuais, 131
- 4 O locus apropriado da parte especial do direito penal: a importância do código, 135**
 - 4.1 Considerações iniciais, 135
 - 4.2 O surgimento dos códigos, 136
 - 4.3 O atual estado da legislação penal brasileira, 139
 - 4.3.1 Diagnóstico, 139
 - 4.3.2 Consequências para o ordenamento jurídico-penal, 142
 - 4.3.2.1 Mitigação do princípio da taxatividade, 142
 - 4.3.2.2 Ausência de sistematização, 142
 - 4.3.2.3 Desconhecimento da lei, 144
 - 4.4 O papel do código penal frente ao caos legislativo, 145
 - 4.5 Objeções à exclusividade do código no sistema penal, 149
 - 4.5.1 Da natureza fragmentária do direito penal, 149
 - 4.5.2 Da relativização da estrutura do código a partir das constantes alterações, 150
 - 4.5.3 Da dinamicidade dos interesses que surgem na sociedade, 152
 - 4.6 O código como o melhor local para a inserção do direito penal, e especialmente de sua parte especial, 155
 - 4.6.1 Princípio da reserva de código, 155

- 4.6.2 Importância da reserva de código para a sistematização da parte especial do direito penal, 156
- 4.6.3 Conteúdo do princípio da reserva de código, 158
 - 4.6.3.1 Exclusividade do código, 159
 - 4.6.3.2 Reforma concentrada, 160
 - 4.6.3.3 Procedimento legislativo qualificado, 161
 - 4.6.3.4 Quórum diferenciado, 162
 - 4.6.3.5 Livro fechado, 164

5 A organização da parte especial do direito penal, 167

- 5.1 Considerações iniciais, 167
- 5.2 Critérios de organização, 169
 - 5.2.1 Da pluralidade de critérios, 169
 - 5.2.2 O bem jurídico como principal critério de organização da parte especial do direito penal, 171
 - 5.2.2.1 As primeiras classificações, 171
 - 5.2.2.2 A posição atual da doutrina, 172
 - 5.2.2.3 A questão dos crimes pluriofensivos, 176
 - 5.2.3 Outros critérios, 177
- 5.3 A ordem dos títulos no código, 180
- 5.4 A ordem dentro dos títulos, 186
 - 5.4.1 Considerações iniciais, 186
 - 5.4.2 Tipos básicos e derivados, 186
 - 5.4.2.1 Conceito de circunstâncias, 186
 - 5.4.2.2 Formas de integração das circunstâncias aos tipos penais, 189
 - 5.4.2.2.1 Tipos qualificados e tipos privilegiados, 189
 - 5.4.2.2.2 Causas de aumento e causas de diminuição, 190
 - 5.4.2.2.3 Circunstâncias agravantes e circunstâncias atenuantes “genéricas”, 195
 - 5.4.2.2.4 Crimes qualificados pelo resultado e crimes complexos, 196
 - 5.4.2.2.4.1 O crime qualificado pelo resultado, 196
 - 5.4.2.2.4.2 O crime complexo, 198
- 5.5 O princípio da proporcionalidade na estrutura da parte especial, 200
- 5.6 Notas sobre a homogeneidade das infrações: “crimes da mesma natureza” e “crimes da mesma espécie”, 202

6 A interpretação sistemática das normas da parte especial, 207

- 6.1 Introdução, 207
- 6.2 Pressuposto necessário: a interpretação a partir dos elementos constitutivos do tipo, 207
- 6.3 O alcance das normas incriminadoras a partir de uma interpretação sistemática, 209

- 6.4 O bem jurídico como critério para a interpretação, 210
 - 6.4.1 A função interpretativa do bem jurídico, 210
 - 6.4.2 Ponto de partida: a identificação do bem jurídico tutelado pela norma, 213
 - 6.4.3 O papel das epígrafes e das rubricas, 215
 - 6.4.3.1 Conceito e importância, 215
 - 6.4.3.2 Valor da epígrafe, 221
 - 6.4.4 Da necessidade da constante reinterpretação do bem jurídico, 224
 - 6.4.5 Da necessidade de ofensa *in concreto* ao bem jurídico, 226
- 7 As normas da parte especial e suas relações no âmbito do ordenamento jurídico-penal, 230**
 - 7.1 Relação entre as normas da parte especial e as normas da parte geral, 230
 - 7.1.1 Integração necessária, 230
 - 7.1.2 Ampliação da abrangência dos tipos incriminadores por normas da parte geral, 233
 - 7.1.3 Derrogação da parte geral por normas da parte especial, 234
 - 7.2 Relação das normas da parte especial entre si, 236
 - 7.2.1 Introdução, 236
 - 7.2.2 Conflito aparente de normas, 237
 - 7.2.2.1 Conceito, 237
 - 7.2.2.2 Fundamento: *ne bis in idem* material, 239
 - 7.2.3 As divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, 241
 - 7.2.4 Das relações que se estabelecem entre as normas da parte especial, 245
 - 7.2.4.1 Relação de especialidade, 245
 - 7.2.4.2 Relação de consunção, 252
 - 7.2.4.2.1 Características, 252
 - 7.2.4.2.2 Crime progressivo e progressão criminosa, 259
 - 7.2.4.3 Relação de subsidiariedade, 262
 - 7.2.4.4 Relação de alternatividade, 265
 - 7.2.5 Diferença entre conflito aparente de normas e concurso formal de crimes, 268

Conclusões, 271

Referências, 275